



**REPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE**

Pritrdilno ločeno mnenje sodnika Zupančiča

V tej zadevi sem glasoval za izrek in za obrazložitev, ker se z njima sicer strinjam -- tako daleč, kakor pač gresta. Po mojem mnenju namreč ne gresta dovolj daleč.

Za to stališče navajam sedem razlogov, ki po mojem mnenju predstavljajo širši referenčni okvir, v katerem je treba presojeti tudi vprašanje pripora zaradi iteracijske nevarnosti.

Prvič je očitno, da Ustava ne postulira pretežno inkvizitornega, tim. "mešanega" kazenskega postopka, temveč nasprotno kontradiktornega, za kakršnega se je zavzemal tudi Državni zbor, ko je sprejemal sedanji Zakon o kazenskem postopku (ZKP). Da je zahtevana ustavna koncepcija kazenskega procesa kontradiktorna (akuzatorna), jasno izhaja iz cele vrste določb Ustave.

Najprej je tu določba 23. člena Ustave, ki daje vsakomur pravico, da o obtožbah zoper njega odloča nepristransko sodišče. Pojem nepristranskosti je po svojem bistvu epistemološke narave. Kot je že iz besede "nepristranskost" razvidno, to pomeni predvsem odsotnost pristranskosti (pred-sodka). Od Francisa Bacona, pravnika, tožilca in utemeljitelja epistemologije pa je jasno, da je vsako, celo empirično-znanstveno, raziskovanje (v pravu: "preiskovanje") obremenjeno z začetno pristranskostjo. Ta začetna pristranskost neogibno izhaja iz nujnosti delovne hipoteze, ki je temelj za vsako raz- in pre-iskavo. Toda v empiričnih znanostih to nujno pristranskost znanstvenega raziskovalca na koncu nevtralizira znanstveni eksperiment, ki z govorico objektivne dejanskosti delovno hipotezo ali potrdi ali ovrže. Ker se empirične znanosti ukvarjajo s ponovljivimi dogodki, saj raziskujejo naravne zakone, ti pa trajajo v času, je v znanosti objektivno eksperimentalno preverjanje možno in tako zagotavlja končno verifikacijo znanstvene hipoteze.

Toda predmet pravne presoje niso naravne zakonitosti, ki trajajo v času in so zato lahko predmet eksperimentalnega preverjanja.

Predmet pravne presoje so enkratni (historični) dogodki.

Historičnih dogodkov z eksperimentom ni mogoče ne ponavljati in zato tudi ne eksperimentalno dokazovati.

Edini garant pravne nepristranskosti (objektivnosti) je objektivnost (nepristranskost) sodišča. To na koncu odloči, da ima prav ta ali ona hipoteza. Če te objektivnosti ni, potem tudi ni nobenega drugega povratnega vpliva, ki bi zagotavljal, da bo o stvari objektivno ugotovljena resnica. Sodna nepristranskost je torej povsem bistvena prvina pravnosti države (2. člen Ustave).

V čem je torej ta ustavno postulirana nepristranskost sodišč? Iz epistemoloških dognanj jasno izhaja, da je nepristranskost čim dalj trajajoča dovezetnost za informacije,

v pravnih situacijah dokaze obeh strani spora. To povzema tudi slovenski pregovor, ko pravi, da se resnica lahko prav spozna samo, če se slišita oba zvana.

Tudi pristranskost, kot to že sama beseda nakazuje, seveda ni nič drugega kot (1) prezgodnja in prevelika dovzetnost za argumente ene strani in posledična (2) nedojemljivost za argumente druge strani v sporu. Slovenska beseda pred-sodek prav tako nakazuje bistvo stvari, ko implicira, da je pristranskost v tem, da prekmalu odreže sporočilni pretok, ki dovaja predsodku nasprotne informacije (dokaze).

Sodna nepristranskost je torej podaljšana (protrahirana) ne- odločenost -- vse do končne opredelitve sodišča -- v sporu.

Celotna pravna zgodovina zahodne civilizacije pa priča tudi o tem, da je pravna nepristranskost (objektivnost, neodločenost) nasledek osredotočenega soočanja dveh pristranskosti. Zaradi tega procesna kontradiktornost ni nič drugega kot tista menjava dejanskega dokaznega bremena obeh strank v sporu (načelo dispozitivnosti), ki sodišče (1) napravi ambivalentno (torej tudi neodločeno), zato ker niha med dokazovanjem ene in druge stranke in ki (2) sodišče osvobaja aktivne vpletenosti v preiskovanje kazenske zadeve, ker ga napravi pasivnega.

Ambivalentnost in pasivnost sodišča sta torej konstitutivna elementa sodne nepristranskosti.

Očitno je, da sta dve vodilni načeli pretežno inkvizitornega (mešanega) kazenskega postopka, torej oficielno (kot nasprotje dispozitivnega) načelo ter instrukcijska maksima -- v živem nasprotju z ustavno postulirano nepristranskostjo sodišč. Kako naj bo nepristransko kazensko sodišče, da o preiskovalnem (t.im.) "sodniku" sploh ne govorimo, toliko, kolikor sodišče postopa na lastno pobudo (načelo oficielnosti) in toliko, kolikor je zavezano, da samo raziskuje razsežnosti dane kazenske zadeve (instrukcijska maksima)?

V obeh vidikih svojega delovanja je kazensko sodišče v slovenskem kazenskem postopku zavezano z izhodiščno delovno hipotezo o krivdi obdolženca. Brez te hipoteze o krivdi kazensko sodišče samo (po oficielnem načelu in instrukcijski maksimi) sploh ne bi imelo razloga postopati. Ustavno določena domneva nedolžnosti (27. člen), ki bi morala imeti tri procesne posledice (dokazno breme na tožilcu, dokazno tveganje na tožilcu ter in dubio pro reo), tako v našem postopku sploh ne more priti do izraza.

Toda še veliko bolj usodna za nepristranskost kazenskega sodišča je procesna zahteva, postavljena kazenskim sodiščem, da morajo sama nositi dokazno breme, saj so sama zadolžena za popolno in pravilno ugotovljeno dejansko stanje. To jih sistemsko sili v aktivno istovetenje z izhodiščno hipotezo (o krivdi) in sistemsko izključuje možnost njihove protrahirane neopredeljenosti (vse do konca glavne obravnave) do končne oprostilne ali obsodilne sodbe. Moje stališče je torej (1) da je termin "preiskovalni sodnik" contradictio in adjecto, ker tak aktivno vpleteni preiskovalec po naravi stvari ne more biti nepristranski, ampak je dobredno plačan za to, da deluje iz ustavno nadvse problematične hipoteze (predpostavke, domneve) o krivdi obdolženca. Odrejanje pripora s strani takega preiskovalca sistemsko nujno

vodi do pristranskosti v škodo obdolženca. To med drugim obilno ilustrira tudi obilica ustavnih pritožb v pripornih zadevah.

V situaciji, ko se odloča o priporu, bi torej moral obstajati povsem kontradiktoren narok, na katerem bi dokazno breme in dokazno tveganje glede materialnih meril o nevarnosti obdolženca nosil tožilec. Sodišče bi moralo biti v položaju, da bi v dvomu lahko uporabilo domnevo nedolžnosti. To seveda še toliko bolj, ker gre za aleatorično spekulacijo o nekem prihodnjem (ne historičnem) dogodku, torej o tem, ali bo obdolženec v prihodnosti morda res (ali pa tudi ne) ponovil kaznivo dejanje, dokončal poskus kaznivega dejanja, ali res izvršil dejanje, s katerim grozi.

(2) Natanko toliko, kolikor je glavna kazenska obravnava samo repriza tistega, kar je preiskovalec dognal v kazenski preiskavi, in toliko, kolikor je tudi razpravno kazensko sodišče zavezano z uradnim načelom in instrukcijsko maksimo, pa je tudi nemogoče govoriti o nepristranskosti razpravnega kazenskega sodišča. Tudi razpravno kazensko sodišče je v sedanjem ZKP-ju, kljub določenim kontradiktornim insertom, postavljeno v vlogo, v kateri samo nosi "dokazno breme" in "dokazno tveganje" -- in sicer vis-a-vis instančnemu sodišču, ki zvečine zopet postopa po uradni dolžnosti (383. člen ZKP).

Drugič, koncepcija kontradiktornega kazenskega postopka pa je edina, ki lahko ob ustavno postulirani enakosti orožja v sporu med državo in posameznikom (29. člen Ustave), zadosti postulat pravnosti v tistem smislu, v katerem to pravnost države zahteva tudi 2. člen Ustave. To pa po drugi strani pomeni, da pretežno inkvizitorjen postopek po svoji naravi ne le ni praven, ampak prav prikriva ne-pravnost represije v tradiciji nedemokratske, policijske države.

Ne-pravnost pretežno inkvizitornega postopka je premo-sorazmerna pritiskom, ki iz osumljenca oz. obdolženca napravljajo objekt sodnega postopanja --, namesto da bi bil subjekt enakopravnega pravnega spora, kot to zahteva tudi 29. člen Ustave. Edini razlog, zaradi katerega je obdolženec v kazenskem postopku napravljen za objekt postopanja (za razliko na primer od subjektivitete procesne stranke v pravdnem postopku), pa je točno tista njegova siceršnja domnevna nevarnost, ki je tudi razlog za njegovo predhodno priprtje. Vsi tisti namreč, ki iz razloga domnevne nevarnosti storilca kaznivega dejanja sklepajo, da bi bilo kljub nedvoumni ustavni določbi neživljensko, nepraktično itd. govoriti o kazenskem postopku kot o sporu enakopravnih strank, se implicite odrekajo sami pravnosti kazenskega procesa. Zakaj? Temeljni postulat vladavine prava je že od Hobbesa sem preprečevanje samovolje (fizične samopomoči) kot sredstva za razrešitev sporov. Namen prava sploh, pravosti države, vladavine prava itd. je v tem, da logiko moči nadomesti z močjo logike. V tem prenosu surove prevlade močnejšega (tudi države) na raven zakonitega (logičnega) procesuiranja sporov je glavna funkcija vsakega pravnega procesa posebej in vladavine prava sploh. To je v zasebnem pravu samoumevno, ker se tam kot enaki pred zakonom in sodiščem soočita dve enako nemočni stranki.

Kadar pa je tožeča stranka država, kot je to primer v kazenskem procesu, nekateri pričnejo v prvi plan postavljati *raison d'etat*; naenkrat pozabijo, da se pri tem osnovni pogoj vsake pravosti ne bi smel prav nič spremeniti. Če bi v civilnem sporu ena stranka nad drugo prevladala z omejevanjem njene prostosti in bi jo tako pripravila na primer do tega, da bi pričala v lastno škodo, bi se jim to zdelo povsem nesprejemljivo. Ko pa se to zgodi v kazenskem postopku, to globoko nedoslednost pogosto opravičijo

s potrebo po tem, da se v kazenskem procesu dožene resnica --, četudi za ceno najhujših posegov v osebno integriteto, v dostojanstvo in v zasebnost posameznika. Da je ta "resnica" v kazenskem materialnem pravu predvsem izraz te iste premoči države, ki s kazenskim zakonom ustanavlja zgornje premise kazenske odgovornosti in da je ta "resnica" relativna in da nima nič globljega pomena od tistega, ki ga zasleduje zakonodajalec, je razumel že Hobbes, ko je zapisal, da hudodelstva prenehajo, ko prenehajo zakoni, ki jih označujejo kot hudodelstva. (Civil laws ceasing, crimes also cease.)

Toda prav v imenu te "resnice", ki pogosto figurira le kot paravan za grobo (in ne-pravno) prevlado (moči) države (kot stranke) v kazenskem postopku, nekateri ostajajo nepripravljeni uvideti to najbolj temeljno notranjo absurdnost kazenskega procesa, ki kontaminira legitimnost in pravnost kazenskega procesa.

Kazenski proces, v njem je sporni predmet pač najvišje zastavljen, saj gre za človekovo svobodo, ima visoko viden simbolni pomen v družbi in državi. Ne-pravna kontaminacija kazenskega procesa v imenu "učinkovitosti", "resnice" itd. na dolgi rok škoduje točno tisti normativni integraciji (generalni prevenciji), ki je edini globlji moralni in socialni smisel družbene prakse kaznovanja.[1] Tretjič je tudi v luči gornjih dveh stališč zato očitno, da država (izvršilna veja oblasti) nima legitimne pravice posegati v zasebnost, dostojanstvo in sploh v osebno integriteto državljanke ali državljanca, če ni prej pred sodno vejo oblasti določno, artikulirano in konkretno dokazala, da je bila državljanca ali državljan kršil zakone te države.

Že postopanje zoper posameznika zgolj na podlagi utemeljenega suma, predstavlja neke vrste kaznovalni predujem in je v izrazitem nasprotju z omenjeno "popolno enakopravnostjo" (29. člen Ustave). Državi kot stranki to daje ne le aktivno legitimacijo v kazenskem postopku, ampak tudi prednostno pravico dejanskega poseganja v integriteto državljanke oz. državljanca.[2] Nikakršno naključje zato ni, da ustavna sodišča v demokratičnih državah že utemeljenemu sumu kot pragu za začetek teh posegov vsebnost posvečajo tolikšno pozornost.[3] Pri nas pa je pojem utemeljenega suma, kot je postavljen v Ustavi in v ZKP-ju, še vedno prazna abstrakcija brez konkretiziranih stališč sodne prakse ali Ustavnega sodišča. Če ustave že dovoljujejo vnaprejšnje poseganje države v integriteto posameznika, potem je to huda izjema od gornjega načela predhodne reciprocitete med poškodbo posameznika in države. Kadar gre za pripor, je ta poškodba še toliko hujša kot takrat, ko gre samo za preiskave, zasege in začasen odvzem prostosti (aretacijo), čeprav je za vse to potreben vnaprejšen artikuliran, specifičen in konkreten utemeljen sum.

Iz tega, četrtič, izhaja (a) da pridobi država pravico kaznovanja državljanke ali državljanca šele, ko je (1) s pravilno in popolno ugotovljenim dejanskim stanjem, (2) ob striktno spoštovanem materialnem načelu zakonitosti in (3) ob procesnem spoštovanju njenih oz. njegovih ustavnih pravic -- njeno oz. njegovo kazensko odgovornost dokazala pred nepristranskim in neodvisnim sodiščem. Pravico do preventivnega omejevanja svobode pa pridobi država samo zaradi izrecne ustavne določbe. Ta pripor omejuje na razlog ogrožanja varnosti ljudi.

Iz tega potem tudi logično, petič, izhaja, da je ta vnaprejšnji odvzem prostosti (pripor) iz razloga iteracijske nevarnosti lahko le skrajno izjemna vnaprejšnja različica končnega kaznovanja.

Vsa pravilnost in popolnost ugotovitve dejanskih vprašanj, vsa materialnopravna pravna merila in vse ustavne procesne garancije, ki osumljencu in obdolžencu pritičejo v procesu ugotavljanja njegove končne kazenske odgovornosti, mu a fortiori pritičejo v času, ko še ni dokončno ugotovljeno niti, da bi bil česarkoli kriv in ko se zoper njega odreja poseg v njegovo svobodo, dostojanstvo, zasebnost in državljanstvo integriteto na podlagi čiste spekulacije o tem, da bo morda (morda pa tudi ne) v prihodnosti ponovil nekaj, kar mu sploh še ni bilo dokazano, dokončal poskus kaznivega dejanja, za katerega njegova odgovornost še ni bila ugotovljena, ali zakrivil dejanje, s katerim le grozi.

Šestič, ta anticipacija kaznovanja in pripor kot njena takojšnja pravna posledica predstavljata anomalijo in protislovje ustavnih razsežnosti v kazenskem procesu. Ker pa Ustava izrecno pravi (v svojem 20. členu), da je osebo, za katero obstaja utemeljen sum, da je bila storila kaznivo dejanje, mogoče pripreti, če je to neogibno potrebno za varnost ljudi, je na to anomalčno izjemnost sicer treba pristati. Dalo bi se razpravljati o tem, ali je ta določba Ustave v koliziji z nekaterimi drugimi določbami -- naprimer tudi s presumpcijo nedolžnosti iz 27. člena. Toda prav zato je jasno, da terja izvajanje vnaprejšnjega posega v integriteto obdolženega državljanke ali državljanke ravno obratno logiko od tiste, ki karakterizira predmetne določbe ZKP (o priporu) in v posledici tudi večino sodne prakse.

Ker je pripor za prizadetega ne glede na pravno-terminološke finese zdajšnja kazen, za nekaj, česar ni storil, in na podlagi kazenske odgovornosti, ki šele bo, če sploh bo, ugotovljena --, bi moralo biti tako (1) ugotavljanje utemeljenega suma, da je za nekaj kazensko odgovoren, kakor tudi (2) ugotavljanje verjetnosti, da morda šele bo storil drugo kaznivo dejanje, predmet toliko bolj natančne materialnopravne in procesne regulacije. Ker ne predpisuje posebnega kontradiktornega postopka in materialno ne določa (lex certa) primerov, v katerih je pripor dovoljen, sedanji ZKP tega ugotavljanja v bistvu posebej sploh ne regulira. Za ta del je značilna določba v drugem odstavku 202. člena, ki preiskovalnemu "sodniku" za odredbo pripora nalaga le "kratko obrazložitev."

Sedmič, po mojem globokem prepričanju so ti in taki problemi v sedanjem ZKP-ju simptomatični za avtoritarno-policijsko koncepcijo kazenskega procesa. Ta in taka koncepcija kazenskega procesa pa je po mojem pravitako globokem prepričanju v celoti nezdržljiva z Ustavo.[4]

Kot rečeno Ustava postulira nepristranskost sodišč (23.člen), tako preiskovalni "sodnik" kakor sodeče sodišče pa se ravnata po uradnem načelu in instrukcijski maksimi, ki sta z idejo o nepristranskosti sodišč nezdržljivi.[5] V svojem 29. členu Ustava postulira popolno enakopravnost strank (države in posameznika) v kazenskem postopku. Toda tej enakopravnosti strank je pripravljalec ZKP zadostil le formalno, kljub temu da je Državni zbor ob sprejemanju Zakona izrecno zahteval koncipiranje sistemsko kontradiktornega kazenskega postopka. Kakšen smisel ima namreč govoriti o enakopravnosti strank, če pa je samo sodišče v ZKP-ju sistemsko postavljeno v pristransko inkvizitoren, obdolžencu nasproten, položaj? To se jasno kaže tudi pri odrejanju pripora. Tu si dejansko nasproti stojita obdolženec in preiskovalni "sodnik" in ne, kakor bi bilo normalno, obdolženec in tožilec.

Nikjer v slovenski Ustavi ni niti besedice o tem, da bodi kazenski postopek pretežno inkvizitoren, torej naravnan predvsem na učinkovitost kazenske represije. Prav nasprotno! Pravicam obdolženca posveča slovenska Ustava številne določbe najmanj dvanajstih členov (17., 18., 19., 20., 21., 23., 24., 27., 28., 29. 30., 31. člen). Tenor teh določb je jasno in favorem defensionis.

Ker so v omenjenih določbah zajete pridobitve zahodne civilizacije najmanj od Magne Carte (1215) do danes, jih seveda ni mogoče obravnavati samo gramatikalno-eksegetično.

Ustava v tem smislu predstavlja hermenevtični vrh civilizacijske spirale.

Besedne zveze zapisane v posameznih ustavnih določbah evocirajo neštene in neverjetno zapletene vidike človekove svobode. Za ustavnimi sintagmami se skriva na desetine načel, na stotine doktrin in na tisoče pravil posamezne veje prava. Za stavkom 28. člena Ustave naprimer: "Nihče ne sme biti kaznovan za dejanje, za katero ni zakon vnaprej določil, da je kaznivo, in ni zanj predpisal kazni, še preden je bilo dejanje storjeno." -- se skriva celotno, kompleksno-sistemsko in v detajlih skrajno zapleteno izdelano materialno kazensko pravo. Zato je naloga Ustavnega sodišča, da ob presoji ustavnosti posameznih zakonskih določb, tudi tistih o priporu, s svojo sprevidenostjo zazna namen Ustave kot civilizacijske pridobitve in presodi posamezno ustavno počelo v luči celote, iz katere je bilo sploh izšlo.

Če bi bila večina v predmetni zadevi uvidela to celoto, bi bila morala po mojem prepričanju kot nasprotnega ustavni intenci razveljaviti najmanj ves sedanji pristranski kontekst inkvizitornega odrejanja pripora. S tem bi zakonodajalec dobil jasno sporočilo o ustavni nesprejemljivosti ne le take ureditve odrejanja pripora, ampak sploh pretežno inkvizitorne koncepcije sedanjega Zakona o kazenskem postopku. Razlog več za tako odločitev je omenjeno izrecno navodilo Državnega zbora.

Tako bi se bila prekinila ta neslavna tradicija policijske države, za katero je navsezadnje značilno, da represijo kriminalitete postavlja nad prav tisto varstvo subjektivitete državljanke oz. državljana, ki jo kot svoj temeljni postulat izrecno predpisuje tudi slovenska Ustava.

Sodnik
Dr. Boštjan M. Zupančič

Opombe:

[1] Glej podrobneje Prvine pravne kulture, "Proces", Ljubljana 1995, str. 179-206.

[2] Glej del obširne tuje judikature o tem vprašanju v Ustavno kazensko procesno pravo, Ljubljana 1995, poglavje z naslovom 'Preiskave in zasegi', str. 377 do 324.

[3] Glej del obširne tuje judikature o tem vprašanju v Ustavno kazensko procesno pravo, Ljubljana 1995, poglavje z naslovom "Preiskave in zasegi", str. 377 do 324.

[4] Glej podrobneje "Med državo in posameznikom: Privilegij zoper samoobtožbo", Pravniki, št. 1-3/96, str. 19.

[5] Glej o tem podrobneje razpravo "Prispevek k teoriji kontradiktornosti v kazenskem procesu", Kazensko procesno pravo, Uradni list, Ljubljana 1991, str. 285 do 310. Zlasti tu velja poudariti epistemološka dognanja o nepristranskosti --o tem, da ne more bit nepristranski tisti, ki nekaj sam preiskuje (instrukcijska maksima, oficialno načelo), to je, sam oblikuje začetno in delovno hipotezo. Ta začetna hipoteza je za sodišče v sedanjem kazenskem postopku lahko samo hipoteza o krivdi obdolžene osebe. Oblikovanje te hipoteze krivde bi moralo biti scela na ramenih tožilstva (dokazno breme), ne pa da je s to sistemsko pristranskostjo obremenjeno samo sodišče!